

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066142

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 338/2022, de 28 de abril de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2804/2021

**SUMARIO:****Guarda y custodia compartida. Alimentos en favor de hijo menor no matrimonial: proporcionalidad.**

Los presentes recursos traen causa de la demanda de guarda, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales formulada por el padre, en la que se solicitó, entre otras medidas la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo menor. La sala recuerda que para determinar un régimen de guarda y custodia compartida se prima el interés del menor que exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. El régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable sin que pueda tratarse de una medida excepcional. La sala declara que la sentencia recurrida se adapta plenamente a la doctrina jurisprudencial transcrita, dado que valora las circunstancias concurrentes, ponderando el informe técnico que apuesta por el sistema de custodia compartida, tras examinar la profesional a los progenitores y al menor, unido ello al amplio sistema de visitas precedente, lo que asegura una transición amable para el menor. Sin perjuicio de ello, se establece que la madre e hijo saldrán del domicilio familiar en el plazo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia. Ello se establece al considerar que el de la madre y el menor es el interés más necesitado de protección, y ello para facilitar la transición económica al nuevo modelo de custodia. Además, se fija una pensión de alimentos en 250 euros y ello pese a que las estancias del menor son paritarias con ambos progenitores, dada la divergente capacidad económica de ambos, lo que en interés del menor hace aconsejable establecer una pensión por parte del padre para sufragar las necesidades del menor. En este sentido, la sala recuerda que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 92, 93, 96, 146 y 148.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 465, 469.1.2º 3º y 4º, 473, 477.2.3.º y 774.4.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del menor), art. 9.

**PONENTE:***Don Francisco Javier Arroyo Fiestas.***SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 28 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 200/2021, de 19 de febrero, dictada en recurso de apelación 143/2020, de la Sección

22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de derecho de familia 1224/2016, en ejercicio de acción sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales consensuados, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Alcobendas; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por Dña. Luisa, representada en las instancias y ante este tribunal por el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez, bajo la dirección letrada de Dña. Amparo Domingo Castellanos, compareciendo en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Jacinto, representado por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente, bajo la dirección letrada de Dña. M.ª del Carmen Gutiérrez Sanz y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### **Primero.** *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Jacinto, representado por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente y bajo la dirección letrada de Dña. Rosa María Somolinos Rodríguez, interpuso demanda de juicio verbal en materia de derecho de familia, sobre guarda, custodia, régimen de visitas y pensión alimenticia de hijo menor, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas, registrándose como juicio verbal de derecho de familia 1224/2016; demanda interpuesta contra Dña. Luisa en la que, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que, reconociendo la ruptura de la unión paramatrimonial existente hasta ahora entre las partes, se acuerden los siguientes efectos:

"Petición principal.

"1.- Guarda y custodia del menor. Que el hijo menor quede bajo la guarda y custodia compartida y bajo la patria potestad de ambos progenitores, aún cuando el ejercicio de la patria potestad lo ostente la madre por quedar el menor bajo su guarda y custodia.

"2.- Régimen de visitas para el hijo:

"A.- Los periodos de estancia del menor se distribuirán por semanas. el menor convivirá con cada progenitor en sus respectivos domicilios por semanas alternas, desde el lunes a la salida del colegio hasta el siguiente lunes a la entrada del colegio, en que comenzará a regir la alternancia para el otro progenitor.

"Si el lunes no fuera lectivo, el padre o la madre que esté en compañía del menor, le llevará al domicilio de aquel al que corresponda estar con él esa semana, a las 10 de la mañana, para el comienzo de su periodo de estancia.

"B) Festivos y puentes: En principio, salvo acuerdo de los padres, los puentes y festivos no alteraran el régimen de custodia semanal.

"C) Vacaciones de Navidad: Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos:

"El primer periodo comenzará el día del inicio de las vacaciones escolares a la salida del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas, que será reintegrado en el domicilio del progenitor al que no le haya correspondido este periodo.

"El segundo periodo comprenderá desde el día 30 de diciembre a las 20:00 horas, hasta las 20.00 horas del día anterior al inicio de las clases escolares que será reintegrado al domicilio del otro progenitor donde permanecerá hasta el siguiente viernes que corresponde el cambio de estancia.

"En cuanto a la festividad de Reyes, si el menor pasa la noche del día 5 con el progenitor al que le corresponda ese periodo vacacional, el día seis lo pasará con el otro, de forma que al que le corresponda pasar el día de Reyes deberá recogerlos del domicilio de aquél con quien se encuentre a las 11 de la mañana, y reintegrarle en el domicilio de aquel con quien esté disfrutando de ese periodo a las 8 de la tarde.

"D) Vacaciones escolares de Semana Santa: Las vacaciones no se dividirán, atribuyéndose cada año a un progenitor el disfrute completo del periodo de las vacaciones.

"Y para el caso de que los padres no se pusieran de acuerdo, el padre tendrá la opción de elegir los años pares y la madre los años impares.

"E) Vacaciones de verano: Las vacaciones de verano del menor serán disfrutados en compañía de cada uno de los progenitores por períodos alternos de quince días:

"a) La primera quincena abarcará del 1 de julio a las 12.00 horas al 16 de julio a las 20.00 horas.

"b) La segunda quincena abarcará del 16 de julio a las 20.00 horas al 31 de julio a las 20.00 horas.

"c) La tercera quincena abarcará del 31 de julio a las 20.00 horas hasta el 15 de agosto a las 20.00 horas.

"d) La cuarta quincena abarcará del 15 de agosto a las 20.00 horas hasta el 31 de agosto a las 20.00 horas.

"3. Pensión de alimentos. Cada progenitor vendrá obligado a satisfacer las necesidades de habitación, vestimenta y alimentos propiamente dichos, de sus hijos durante los periodos en los que convivan con cada uno de ellos, comprometiéndose a asumir al cincuenta por ciento los gastos del comedor escolar al que acuden los menores.

"4. Atribución del domicilio Familiar. Toda vez que la vivienda donde venía residiendo la familia, es una vivienda privativa de mi mandante, se acuerde atribuir la vivienda familiar a D. Jacinto. No obstante y sin impedimento alguno, esta parte no se opone a que en un tiempo de no más de 3 meses la madre abandone el domicilio familiar, constituyendo otro domicilio dentro de la comunidad de Madrid donde cada padre podrá desarrollar su régimen de custodia".

**2.-** Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada y el Ministerio Fiscal, este contestó a la demanda interesando al juzgado:

"Tenga por contestada la demanda y continuando el juicio por sus trámites, se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos".

**3.-** Personándose en término la demandada emplazada Dña. Luisa, representada por la procuradora Dña. Cristina Pérez Perrino y bajo la dirección letrada de Dña. Margarita Fernández de Marcos y Honrado, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"En la que se acuerden las siguientes medidas:

"1.- Que el hijo menor de la pareja Pio, quede bajo la guarda y custodia de su madre Dña. Luisa, sin perjuicio del ejercicio común de la patria potestad por ambos progenitores, por lo que cuantas decisiones le afecten serán tomadas de común acuerdo, teniendo siempre presente el interés del menor, debiendo ambos respetar la figura del otro progenitor, promoviendo en su hijo el respeto y cariño debidos hacia el padre y la madre.

"Entiende esta parte que, dado que la madre se ha dedicado durante la mitad de la vida del menor, a su cuidado en exclusiva, así como por la falta de implicación del padre en su cuidado, éste debe quedar bajo la custodia de la madre. No se hace posible un régimen de custodia compartida tal y como el padre propone porque, dado el desacuerdo entre las partes sobre la custodia del menor, no se pone de manifiesto que ello vaya a preservar el interés superior del menor.

"Igualmente, se hace imposible la custodia compartida habida cuenta de que el padre, además de no haberse implicado en la crianza del menor, lleva una vida desordenada debido al alto consumo de drogas que ha experimentado en periodos de su vida y que actualmente ha reanudado. Por ello, ha tenido que estar de tratamiento de desintoxicación varias veces en el CAID de DIRECCION000, abandonando el último tratamiento voluntariamente y siendo actualmente consumidor de éxtasis.

"2.- Otorgada la custodia a la madre, se establecerá un régimen de visitas para el padre con el menor de acuerdo con la madre, tan amplio como tenga que haber lugar, pudiendo comunicarse el padre con el hijo en cualquier momento y día y por cualquier medio (teléfono, mail...), siempre que ello no interfiera en la vida personal y social del menor, ni en su relación con el progenitor custodio.

"Sólo en el caso de que surjan discrepancias en relación al régimen de visitas, se regirá por el que a continuación se expone eligiendo los periodos a disfrutar los años pares el padre y los impares la madre:

"Fines de semana alternos con cada progenitor, desde las 20 h. del viernes hasta las 20 h. del domingo, siendo el menor recogido en el colegio y reintegrado el domingo en su domicilio. En cuanto a los puentes escolares, su disfrute se unirá al fin de semana al que viene asociado, siendo recogido y reintegrado el menor en la misma forma.

"Visitas intersemanales: El padre disfrutará de la compañía del menor la tarde los martes y jueves desde la salida del colegio donde será recogido hasta las 20 h. siendo reintegrado en su domicilio.

"Vacaciones de Navidad: La mitad de las vacaciones escolares que a estos efectos se entienden divididas en dos periodos: desde la salida del colegio la jornada en la que se inician las vacaciones escolares, hasta las 20 h. del día 30 de diciembre y desde ese instante hasta las 20 h. del día anterior a comenzar las clases.

"Vacaciones de Semana Santa no se dividirán, disfrutando todas las vacaciones escolares del menor los años pares con el padre y los impares con la madre.

"- Las vacaciones estivales serán compartidas por ambos progenitores y durante los periodos vacacionales quedará en suspenso el régimen de visitas. Se establecen dos periodos durante los meses de julio y agosto, distribuyéndose por quincenas, disfrutando cada progenitor alternativamente de la primera quincena de julio y la primera de agosto o la segunda quincena de julio y la segunda quincena de agosto, eligiendo los años pares el padre y los impares la madre.

"Las quincenas se distribuirán de la siguiente forma:

- "- De 30 de junio a las 20:00 h. a 14 de julio a las 20:00 h.
- "- De 14 de julio a las 20:00 h. a 31 de julio a las 20:00 h.
- "- De 31 de julio a las 20:00 h. a 14 de agosto a las 20:00 h.
- "- De 14 de agosto a las 20:00 h. a 31 de agosto a las 20:00 h.

"La entrega y recogida del menor se llevará a cabo en el domicilio del menor a la hora prevista.

"Los días no lectivos que pudiera haber en los meses de junio y septiembre de cada año, serán disfrutados en la misma alternancia que las quincenas de los meses de julio y agosto, sin que sean unidas a la quincena inmediatamente anterior o posterior, salvo expreso acuerdo de las partes. La entrega y recogida del menor en estos días se llevará a cabo el último día lectivo a las 20 h. en el domicilio del menor, en el mes de junio y el día 31 de agosto a las 20 h. para los días correspondientes al mes de septiembre.

"Una vez disfrutados los periodos vacacionales, la reanudación de la alternancia en el disfrute de fines de semana se llevará a cabo dando inicio al disfrute de ellos por el progenitor contrario al que disfrutó el periodo vacacional inmediatamente anterior.

"Los padres tienen obligación de facilitarse un teléfono de contacto con el fin de poder hablar con su hijo cuando así lo deseen, respetando siempre un horario y un número de llamadas normalizado.

"- Festividad del Día del Padre y Día de la Madre, si fueran festivos, lo pasará el menor con el progenitor que corresponda, siendo recogidos en su domicilio a las 11 h. (o en su caso a la salida del colegio) y reintegrados al mismo a las 20 h. Si la festividad cayera en lunes o viernes, el disfrute de la misma se unirá al fin de semana que corresponda.

"Después de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, las hijas pasarán el fin de semana inmediatamente siguiente a la finalización de estos periodos vacacionales con el progenitor con el que no hayan estado el último periodo de esas vacaciones.

"3.- Que se fije en concepto de pensión de alimentos para el menor la cantidad de 500,00.-€ mensuales, que abonará el padre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre, y actualizable anualmente a conforme al IPC u organismo que pudiera sustituirle. Esta actualización se llevará a cabo a fecha 1 de enero de cada año a tenor del último IPC publicado a dicha fecha.

"4.- Se establezca la obligación del padre de abonar el 50% de los gastos extraordinarios que se deriven de la adecuada atención de la menor, teniéndose como tales, por ejemplo, aquellos de carácter educativo o sanitario (gafas, dentista...), o de cualquier otra índole que estén fuera del ritmo habitual, que beneficien el desarrollo físico y psíquico del menor y que estén dentro del ámbito económico y social de los padres, salvo en el caso de emergencias sanitarias justificadas que podrán ser decididos por el progenitor a cuyo cargo se encuentre el hijo en su momento.

"A este respecto, tendrán consideración de gasto extraordinario los derivados de compra de libros escolares, uniformes, tasas y matriculas académicas, gastos de clases extraescolares y cualquier otro de la misma índole, previa justificación.

"5- Uso y disfrute del domicilio familiar: El uso del domicilio familiar situado en C/ DIRECCION001 núm. NUM000, de DIRECCION000, así como el ajuar doméstico y los enseres que contiene, se atribuyen al hijo de la pareja por ser el interés más necesitado de protección y consecuentemente a la madre por ser el progenitor custodio.

"El uso de la vivienda lleva aparejado el pago de todos los gastos de cualquier servicio o suministro de la misma, es decir: gas, electricidad, teléfono, agua o cualquier suministro o seguro que se contrate.

"Con la expresa condena en costas, en su caso, y cuanto más que proceda y sea de hacer en Justicia que respetuosamente solicito...".

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcobendas se dictó sentencia, con fecha 24 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimo en parte la demanda presentada por D. Jacinto frente a Dña. Luisa, y debo declarar y declaro dar lugar a las medidas acordadas en los fundamentos de derecho segundo, tercero, cuarto y quinto y todo ello sin expresa imposición de las costas causadas".

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia se establece la siguiente medida:

"Sin perjuicio de lo expuesto, los dos progenitores compartirán la titularidad de la patria potestad sobre los referidos hijos ( Art. 154 del CC)".

En los fundamentos de derecho tercero cuarto y quinto se establecen las siguientes medidas:

"TERCERO.- Teniendo en cuenta que siempre es deseable que los padres, actuando de común acuerdo y en beneficio del menor y de mutuo acuerdo establezcan el régimen de visitas que estimen pertinente y se facilitaran en todo momento las relaciones paterno filiales, pero no existiendo ese entendimiento procede reconocer a favor del padre, y en interés de los menores ex art. 94 del CC ,el derecho de visitar y tenerlo en su compañía, fijando un régimen de visitas a favor del padre consistente en tener en su compañía, al menor, fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que será reintegrado al centro escolar, quedando unidos al fin de semana los festivos y puentes, siendo disfrutados por el progenitor al que corresponda ese fin de semana. Y se fijan dos días intersemanales los martes y los jueves con pernocta como fija el informe psicosocial siendo recogido el menor en el centro escolar y reintegrándolo al centro escolar al día siguiente.

"El Día del Padre, el Día de la Madre, cumpleaños y santos de los progenitores y menor no se fija régimen de visitas alguno sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los progenitores y en su defecto lo pasaran con el progenitor con el que se encuentren.

"En cuanto a las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa. En verano se dividen en los siguientes periodos (a elección cada progenitor uno corto y dos largos, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares):

"Desde el último día de colegio, siendo recogido el menor en el centro escolar, hasta las 20 horas del 30 de junio (corto).

"Desde ese día y hora hasta las 20 horas del 15 de julio.

"Desde ese día y hora hasta las 20 horas del 31 de julio.

"Desde ese día y hora hasta las 20 horas del 15 de agosto.

"Desde ese día y hora hasta las 20 horas del día 31 de agosto.

"Desde ese día hasta el inicio del curso escolar siendo el menor llevado el primer día del colegio por el progenitor con el que estén dicho periodo (corto).

"Vacaciones de Navidad:

"Desde la salida del colegio el ultimo día lectivo, día que comiencen las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 20 horas. Y desde ese día y hora hasta el comienzo del curso escolar siendo el menor llevado el primer día del colegio por el progenitor con el que estén dicho periodo. Sobre el día de Reyes lo pasará el menor con el progenitor que le corresponda dicho periodo sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores.

"La elección del periodo se comunicará con una antelación de al menos 1 mes al inicio de las vacaciones correspondientes -Navidad, y verano-. En caso de que no se haya realizado la elección a quien corresponda con dicha antelación corresponderá al otro progenitor la elección, sin que se altere por ello el derecho de elección en periodos pares o impares.

"Las vacaciones de Semana Santa serán disfrutadas de manera completa por los progenitores, los años pares la madre y los impares el padre.

"Los padres facilitarán el contacto telefónico del menor con el otro progenitor que no se encuentre bajo su cuidado, y nunca a partir de las 21 horas. En periodos de vacaciones el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado deberá conocer el destino -no la localización exacta- donde el menor se encuentre.

"CUARTO.- En cuanto a la vivienda familiar, ubicada en DIRECCION000 en la C/ DIRECCION001 núm. NUM000, se les atribuye al menor y a la madre. Dicha atribución será hasta que el hijo alcance la mayoría de edad. Debiendo la madre abonar los gastos ordinarios de la misma así como la luz agua, teléfono, gas, etc. Abonando la hipoteca, IBI, comunidad y seguro de la casa el otro progenitor que es el propietario del inmueble.

"En cuanto a la solicitud de uso del trastero a la madre y la plaza de garaje. No procede la atribución del trastero ya que como manifestó el padre en el trastero guarda material comercial con el que trabaja no disponiendo actualmente de vivienda y residiendo con sus padres. Y la plaza de garaje se le atribuye a la madre.

"QUINTO.- [...] En relación con la contribución que en concepto de alimentos al amparo de lo previsto en el Art. 93 del CC procede acordar que el padre abone 450.-€ mensuales en el momento actual al no contar con trabajo la madre. Cantidad que se fija atendiendo a las necesidades del menor y los gastos mensuales de este como son los gastos ordinarios, ropa, educación y comida. Se abonará la pensión de alimentos en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre. En cuanto a los gastos extraordinarios como ya ha manifestado la AP de Madrid, en la sentencia de fecha 30 de abril de 2008, "en lo que debe de ser gastos ordinarios y extraordinarios del hijo, pues estos se atenderán al 50% por las partes y entre ellos no deben incluirse los libros de texto, gastos médicos y farmacéuticos que deben de ser considerados ordinarios del artículo 142 del CC... a menos que no estén cubiertos los dos últimos por la Seguridad Social y las enfermedades no sean las corrientes y las medicinas las comunes". Y por tanto los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitades por ambos progenitores".

**Segundo. Tramitación en segunda instancia.**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente, representante procesal del demandado D. Jacinto y fue impugnada por el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez en representación de la demandante Dña. Luisa.

2.- El recurso de apelación correspondió a la Sección 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, registrado como rollo de apelación 143/2020, donde se dictó sentencia, con fecha 19 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo:

"Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Sánchez Vicente, en nombre y representación de D. Jacinto, frente a la sentencia de fecha de 24 de mayo de 2019 dictada en los autos de juicio verbal de regulación de relaciones paterno-filiales, seguidos con el número 1224/2016 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas, y revocamos dicha resolución, acordando que el hijo menor de las partes, Pio, quedará desde la fecha de la presente resolución bajo la custodia compartida de ambos progenitores, que repartirán el tiempo de estancia con su hijo en la forma que consideren más beneficiosa para este. En caso de no lograrse el acuerdo, el menor permanecerá una semana con el padre y otra con la madre. Los intercambios se realizarán, a falta de otro acuerdo entre las partes, los lunes a la salida del centro escolar al que asista el menor. Las partes podrán acordar que el menor pase una tarde a la semana con el progenitor que esa semana no ejerza la custodia si lo estimaran beneficioso para este. Se mantiene el reparto de los periodos vacacionales establecido en la sentencia de instancia.

"Se atribuye a Dña. Luisa el uso de la vivienda que constituyó domicilio familiar, propiedad exclusiva de D. Jacinto, por un plazo de dos años, contados desde la fecha de la presente resolución, al término de los cuales, deberá Dña. Luisa abandonar la vivienda y dejarla a disposición de D. Jacinto. Los gastos de la vivienda serán asumidos por las partes en la forma dispuesta en la sentencia de instancia, salvo los gastos ordinario de Comunidad que serán abonados por Dña. Luisa, no así las derramas acordadas por la Comunidad de Propietarios que deberán ser asumidas por el propietario de la vivienda.

"D. Jacinto abonará a Dña. Luisa para alimentos del menor, desde la fecha de la presente resolución, 150 euros mensuales, por anticipado, en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria designada al efecto. Esta cantidad se actualizará anualmente en la forma establecida en la sentencia de instancia. Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios de alimentación del hijo menor mientras lo tenga en su compañía. Todos los restantes gastos, tanto ordinarios como extraordinarios que el menor necesite o las partes acuerden, serán abonados por ambas partes al cincuenta por ciento".

**Tercero. Interposición y sustanciación de los recursos ante la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.**

1.- Por Dña. Luisa se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- De conformidad con el ordinal tercero del art. 469.1.2.<sup>o</sup> de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Se invocan como infringidos el art. 774.4 de la LEC relativo a la facultad del tribunal para determinar las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas, avalado por el Ministerio Fiscal y el art. 465.5 de la LEC.

Segundo motivo.- De conformidad con el ordinal tercero del art. 469.1.3.<sup>o</sup> de la LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

Tercer motivo.- De conformidad con el ordinal cuarto del art. 469.1.4.<sup>o</sup> de la LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española.

Cuarto motivo.- De conformidad con el ordinal segundo del art. 469.1.2.<sup>o</sup> de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Se invoca como infringido el art. 218.1 de la LEC relativo a la exhaustividad y congruencia de las sentencias sin apartarse de la causa de pedir.

El recurso de casación basado con las siguientes motivaciones:

Motivo primero (numerado en el escrito de interposición como quinto).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3 de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que debe prevalecer el interés del menor, considerando vulnerado el art. 92 del Código Civil.

Motivo segundo (numerado en el escrito como sexto).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3.º de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que se ha vulnerado el juicio de proporcionalidad del art. 146 del Código Civil.

Motivo tercero (numerado como séptimo).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3 de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que se ha vulnerado el art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil.

Motivo cuarto (numerado como octavo).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3 de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que se ha vulnerado el art. 93 del Código Civil.

**2.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, comparecieron las partes reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia y practicadas las diligencias necesarias para la sustanciación del recurso, por auto, de fecha 24 de noviembre de 2021, se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación, y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**3.-** Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Raúl Sánchez Vicente, en nombre y representación de D. Jacinto, presentó escrito de oposición a ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, por su parte el fiscal, tras realizar las alegaciones y fundamentación jurídica que estimó oportuna, impugnó todos los motivos articulados del recurso extraordinario por infracción procesal e impugnó los motivos primero y tercero del recurso de casación, solicitando la desestimación de todos ellos y respecto a los motivos segundo y cuarto del recurso de casación solicitó su estimación.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de abril de 2022, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero. Antecedentes.**

#### **1.-** Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de la demanda de guarda, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales formulada por el padre, en la que se solicitó, entre otras medidas la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo menor Pio, nacido el NUM001 de 2013.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, si bien desestimó la pretensión de guarda y custodia compartida al considerar, principalmente, que los progenitores llevan separados desde 2016 con un régimen de guarda y custodia exclusiva, con un régimen de visitas que ha funcionado, y al que el menor se ha adaptado, y su cambio supondría un esfuerzo de readaptación no justificado.

#### **2.-** Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por el padre, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso formulado.

Considera la sala: primero, que el único problema que destaca el informe pericial para el establecimiento de la guarda y custodia compartida, es el relativo a la situación económica de la madre, que a fecha de emisión del informe, se hallaba desempleada y carecía de vivienda, residiendo su familia en Asturias; segundo, la residencias de ambos progenitores se encuentran en la población de DIRECCION000, cercanas entre sí y al centro educativo donde asiste el menor; tercero, que el menor permanece exactamente el mismo tiempo con ambos progenitores, y ambos asumen y se ocupan por igual de atender al menor ( Pio, nacido el NUM001 de 2013) en todas sus necesidades, mostrando una adecuada vinculación con ambos progenitores y con los abuelos paternos; y cuarto, por lo que concurren todos los criterios determinados por la jurisprudencia para la adopción de una guarda y custodia compartida en interés del menor.

Asimismo, respecto de la pensión alimenticia, concluye la sala: que D. Jacinto dispone de trabajo estable, percibiendo en el ejercicio 2016 la suma de 50.017, 85 euros brutos por todos los conceptos, lo que supone al mes una media de 2.500 euros netos mensuales de media; segundo, que Dña. Luisa se encuentra en situación de desempleo, percibiendo un subsidio de 430 euros; y tercero, atribuida el uso de la vivienda familiar, de titularidad de D. Jacinto, a Dña. Luisa por un período temporal de dos años, y establecido un régimen de guarda y custodia compartida, procede fijar el importe de la pensión alimenticia con cargo a D. Jacinto por importe de 150 euros, a fin de que la madre pueda contribuir adecuadamente a los gastos del hijo.

### 3.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por la madre recurso extraordinario por infracción procesal y de casación:

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en cuatro motivos: el primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente se considera infringido el art. 774.4 LEC relativo a la facultad de los tribunales para determinar las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas y del art. 465 LEC que regula la segunda instancia, pues inexplicablemente se reduciría el importe de la pensión alimenticia en la sentencia impugnada a 150 euros, cuando fue fijada en primera instancia en 450 euros, habiendo ofrecido el Sr. Jacinto en su recurso las cantidades de 200 o 250 euros; el segundo, de conformidad con el art. 469.1.3.º LEC, alega infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, por infracción de los principios de igualdad de parte y defensa, al entender que la fijación de una pensión alimenticia con cargo al padre por importe de 150 euros, determinaría una infracción del principio de proporcionalidad que debe de prevalecer en las relaciones alimenticias; el tercero, de conformidad con el art. 469.1.4.º LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el Art. 24.1 CE, por cuanto habrían existido denuncias por violencia de género, que aunque hayan sido archivadas, reflejarían la mala relación de las partes, incompatible con una guarda y custodia compartida; y el cuarto, de conformidad con el Art. 469.1.2.º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente del art. 218.1 LEC que establece la obligación de exhaustividad y congruencia y sin apartarse de la causa de pedir, por cuanto se establece en la sentencia una pensión alimenticia por importe de 150 euros, cuando la parte recurrida habría ofrecido en su recurso las sumas de 200 o 250 euros.

El recurso de casación se funda en cuatro motivos: el primero, (enunciado como "quinto"), por infracción del art. 92 CC y 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, al considerar que las denuncias interpuestas por la recurrente, que aunque no habrían determinado una sentencia condenatoria, evidenciarían un clima de violencia contrario a la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida, que solo habría sido solicitado por el padre por razones económicas, sin preocuparse de que su hijo tenga que adaptarse a un sistema que exigirá unos cambios innecesarios difícilmente asimilables por el menor; el segundo (enunciado como "sexto"), por infracción del art. 148 CC, al entender que estaría demostrado que el Sr. Jacinto tendría capacidad económica suficiente para afrontar los gastos que ha venido abonando hasta ahora (pensión alimenticia de 450 euros mensuales, 50% de los gastos, y 100% de la hipoteca, al ser de su propiedad), mientras que la recurrente carecería de ingresos, de vivienda y de apoyo familiar (al vivir su familia en Asturias), por lo que con una pensión alimenticia de 150 euros, teniendo que pagar la comunidad de propietarios y teniendo que abandonar la vivienda en dos años, sería evidente que se vulneraría el principio de proporcionalidad; el tercero (enunciado como "séptimo"), por infracción del art. 92.5, 6 y 7 CC, al entender que la sala de apelación debería de haber establecido una compensación económica posterior al abandono del domicilio por la madre dentro de dos años; y el cuarto, (enunciado como "octavo"), por infracción del art. 93 CC, al entender que la sentencia impugnada habría establecido un régimen de guarda y custodia compartida, sin tener en cuenta las circunstancias económicas y necesidades de los litigantes y de su hijo.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

#### **Segundo. Motivo primero.**

De conformidad con el ordinal tercero del art. 469.1.2.º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Se invocan como infringidos el art. 774.4 de la LEC relativo a la facultad del tribunal para determinar las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas, avalado por el Ministerio Fiscal y el art. 465.5 de la LEC .

Se desestima el motivo.

El motivo incurre en causa de inadmisión y, por ende, de desestimación, al concentrar en el mismo motivo una pretendida incongruencia por el establecimiento de custodia compartida, proporcionalidad de alimentos y uso de la vivienda, cuestiones heterogéneas que no pueden resolverse de forma conjunta ( arts. 469 y 473 LEC).

#### **Tercero. Motivo segundo.**

De conformidad con el ordinal tercero del art. 469.1.3.º de la LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

Se desestima el motivo.

El motivo incurre en causa de inadmisión y, por ende de desestimación, al no invocar el precepto que se considera infringido, refiriéndose solo al cauce procesal utilizado ( art. 469.1.3 LEC).

**Cuarto. Motivo tercero.**

De conformidad con el ordinal cuarto del art. 469.1.4.º de la LEC , por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española .

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida no se infringe el art. 24 de la Constitución, en cuanto se valoró la existencia de denuncias (que no condenas) por violencia de género, pero para no considerarlas un hecho impeditivo de la custodia compartida, ya que estaban archivadas ( art. 92.7 C. Civil) ( sentencia de esta sala 228/2022, de 28 de marzo).

**Quinto. Motivo cuarto.**

De conformidad con el ordinal segundo del art. 469.1.2.º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Se invoca como infringido el art. 218.1 de la LEC relativo a la exhaustividad y congruencia de las sentencias sin apartarse de la causa de pedir.

Se estima el motivo.

Se alega que se fija una pensión de alimentos de 150 euros cuando el padre ofreció una cantidad entre 200 o 250 euros.

Procede estimar el motivo ( art. 218.1 LEC) en cuanto el progenitor al solicitar la custodia compartida, a la postre concedida en apelación, propuso una pensión de alimentos de 200 ó 250 euros y sin embargo en la sentencia recurrida se fija una pensión de 150 euros mensuales, con grave afectación de la congruencia entre lo pedido y lo concedido.

La determinación de la cantidad se resolverá en sede de casación.

Recurso de casación.

**Sexto. Motivos primero y tercero (los denomina el recurrente quinto y séptimo).**

**1.-** Motivo primero (numerado en el escrito de interposición como quinto).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3 de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que debe prevalecer el interés del menor, considerando vulnerado el art. 92 del Código Civil.

**2.-** Motivo tercero (numerado como séptimo).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3 de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que se ha vulnerado el art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil.

**3.-** Se estiman parcialmente los dos motivos, que se analizan conjuntamente, al referirse a la custodia compartida.

Ambos motivos inciden en la improcedencia de adoptar un sistema de custodia compartida. Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

"La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción

del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2014).

"Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos". ( Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

"El régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable ( STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

"Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

"Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

"a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

"b) Se evita el sentimiento de pérdida.

"e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

"d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia".

Analizada la sentencia recurrida debemos convenir que se adapta plenamente a la doctrina jurisprudencial transcrita, dado que valora las circunstancias concurrentes, ponderando el informe técnico que apuesta por el sistema de custodia compartida, tras examinar la profesional a los progenitores y al menor, unido ello al amplio sistema de visitas precedente, lo que asegura una transición amable para el menor ( art. 92 del C. Civil).

Sin perjuicio de ello, de acuerdo con los arts. 93 y 96 del C. Civil se establece que la madre e hijo saldrán del domicilio familiar en el plazo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de la Sala primera.

Ello se establece al considerar que el de la madre y el menor es el interés más necesitado de protección, y ello para facilitar la transición económica al nuevo modelo de custodia.

**Séptimo.** *Motivos segundo y cuarto (los denomina el recurrente sexto y octavo).*

**1.-** Motivo segundo (numerado en el escrito de interposición como sexto).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3.º de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que se ha vulnerado el juicio de proporcionalidad del art. 146 del Código Civil.

**2.-** Motivo cuarto (numerado como octavo).- De conformidad con el ordinal tercero del art. 477.2.3 de la LEC, por razón de la materia, al encontrarnos ante un proceso de familia en el que se ha vulnerado el art. 93 del Código Civil.

**3.-** Se estiman parcialmente los dos motivos, que se analizan conjuntamente, al referirse a los alimentos.

Como dijimos en el fundamento de derecho quinto de la presente sentencia, el tribunal de apelación incurrió en incongruencia, al conceder una cantidad de alimentos inferior a la aceptada por el padre, lo que también advierte el Ministerio Fiscal ante esta Sala, por lo que en la sentencia recurrida se infringe el art. 146 del C. Civil, dado que la cuantía de alimentos fijada no era proporcional al caudal del que los da y a las necesidades de quien los percibe.

Por ello se fija la pensión de alimentos en 250 euros y ello pese a que las estancias del menor son paritarias con ambos progenitores, dada la divergente capacidad económica de ambos, lo que en interés del menor hace

aconsejable establecer una pensión por parte del padre para sufragar las necesidades del menor ( sentencia 656/2021, de 4 de octubre, entre otras).

Esta Sala en sentencias 55/2016, de 11 de febrero, y 564/2017, de 17 de octubre, entre otras ha declarado que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores ( art. 146 del C. Civil).

En conclusión, se estima el recurso de casación, en cuanto se fija una pensión de alimentos abonable por el padre de 250 euros mensuales, y se establece que la madre e hijo saldrán del domicilio familiar en el plazo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de esta Sala Primera de lo Civil, manteniendo el resto de los pronunciamientos efectuados en la sentencia de apelación.

**Octavo. Costas y depósito.**

Estimados parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, no ha lugar a la imposición de costas en ninguno de ellos ( art. 398.2 LEC).

Procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos para ambos recursos.

**FALLO**

Por todo lo expuesto,

**EN NOMBRE DEL REY**

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar parcialmente el recurso de casación interpuestos ambos por Dña. Luisa, contra sentencia 200/2021, de 19 de febrero, de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 143/2020).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de:

- a) Fijar una pensión de alimentos abonable por el padre de 250 euros mensuales.
- b) Establecer que la madre e hijo saldrán del domicilio familiar en el plazo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de esta Sala Primera de lo Civil.

3.º- Mantener el resto de los pronunciamientos efectuados en la sentencia de apelación.

4.º- No ha lugar a imposición en las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal ni de casación.

Devuélvase a la recurrente los depósitos constituidos para ambos recursos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.